5 7 161

POR
EL ALMA DE JUAN
DE LA FUENTE ALMONTE DIFUNTO, HEREDERA EN OBRAS PIAS: Y POR SUS ACREEDORES.
CONTRA
DON FRANCISCO
DE OMONTE, Y ROBLEDO CAVALLERO DE LA ORDEN DE SANTIAGO.
SOBRE

Los quatro mil ducados de plata de Principal, ò reditos de ellos, que lleuò de mejora en los bienes, que se declararon ser de Mayorazgo.

§. I.

Hecho del pleyto.

Año de 1641. el dicho Iuan de la Fuente, y Doña Maria de Berastigui su muger, impusieron ocho mil ducados de plata de principal de tributo sobre todos sus bienes, y especialmẽte sobre tres fincas: vna, vn juro en cabeça de el susodicho en almojarifazgo mayor de 206U250. maravedis de renta: otra, otro juro en cabeça de la susodicha, en alcavalas de 209U375. maravedis de renta: otra: las casas principales en frente de la Iglesia de S. Vicente, del dicho Iuan de la Fuente. Y supongo la clausula de *non alienando*, y las demas en la imposiciõ de los cẽsos; para lo qual se verà la escritura de imposiciõ, q̃ està en el pleyto acumulado al del Mayorazgo, por vnas Monjas de Santa Maria de la Paz, a quien se paga oy la mitad de este tributo.

Año de 1643. los susodichos marido y muger, fundaron vinculo, y mayorazgo por escritura de contrato, y donacion en vida,

A con

con reserva de vsufructo, clausula de constituto, y entrega de bienes en fauor de su hija vnica, hijos, y descendientes; y a falta destos dexaron a su libre disposicion los bienes, que adjudicaron al dicho mayorazgo, que fueron entre otros las tres fincas referidas, hypotecadas especialmente al dicho tributo: el qual aunque no lo declaran en esta fundacion, tampoco se obligan a quitarlo, ni redimirlo de los bienes del dicho mayorazgo, como se puede ver en el num. 12. del memorial que se hizo para el pleyto del mayorazgo: adonde en este punto ay estas palabras de clausula de *Constituto* en la possession, entrega de la escritura, y obligacion de auer por firme la dicha fundacion con las condiciones, y reseruas en ella contenidas: de cuyas palabras, y forma de donacion de los dichos bienes al dicho Vinculo, no se puede deducir obligacion expressa, ni tacita de quitar, ni redimir los ocho mil ducados de tributo a que estavan afectos los dichos bienes, como diremos.

Año de 1649. auiendo muerto la hija sin hijos, ni descendientes (y primero la madre) tomò possession el dicho Iuan de la Fuente de todos estos bienes, con autoridad judicial, como heredero de su hija, y desde entonces tuvo por fenecido, y extingido el dicho Mayorazgo, y trato los dichos bienes como libres propios suyos, como consta del memorial a num. 34.

Año de 1652. estando el dicho Iuan de la Fuente en esta buena fè, y creencia de que ya se avia extingido el mayorazgo (como lo declara en su testamento, y como lo sintieron los señores que causaron la remission en discordia, y teniendo los dichos bienes por libres hereditarios, y propios suyos, queriedo mejorar su hazienda para las obras pias, y disposicion de su testamento) quitò, alçò, y redimiò quatro mil ducados de plata de los ocho del dicho tributo, de que le otorgaron redempcion las Monjas de Santa Maria de la Paz, a quien de su propio caudal pagó, y entregò estos quatro mil ducados de plata, haziendo esta mejora en las tres fincas, que especialmente estavan hypotecadas al dicho tributo, y que se avian adjudicado, y donado al dicho mayorazgo extingido en su estimacion, y vivo en el sentir de la executoria de la Sala.

Año de 1664. continuando el dicho Iuan de la Fuente esta buena fè, y creencia de que en su hazienda no auia gravamen de restitucion de mayorazgo; sino que eran bienes suyos libres todos los que posseia: tomò sobre ellos diferentes tributos, y entre ellos mil ducados, que impuso en favor de vna Capellania, de que yo soy Capellan; por cuyo derecho pretendo (como acreedor, *cui interst hæredem dari*, que aya bienes libres de que cobrar mi censo) que se declaren por bienes libres tocantes a la herencia de Iuan de la Fuente los dichos quatro mil ducados de principal, ó los reditos de ellos, que llevò indevidamente (de mejora hecha con dinero del difunto) al dicho mayorazgo, para que de los bienes que se le entregaron con esta mejora, reconozca el dicho

Don

Don Francisco de Omonte mi censo, y me pague los reditos que dèl se me deven; en que tambiē hago beneficio a los demas acreedores, y al alma heredera en las obras pias del dicho Iuan de la Fuente.

§. II.

La inseparabilidad, y servidumbre que se causò en las tres fincas del censo de los 8000. ducados a la paga de sus reditos, en la imposicion del censo.

MAchinando alguna defensa, aunque aparente, pudiera dezirnos la parte contraria (a quien doy armas para quitarselas) que en la imposiciō del censo de estos 8000. ducados (como en todos regularmente) la obligacion personal de los imponedores, es la principal, y que el señalamiento de fincas, è hypotecas para la exaccion del censo, es accessorio, y que estas son como fiadores de la obligacion personal para mas seguridad de ella: ex ijs, quæ tradit Felicianus, de censibus, lib. 3. cap. 4. num. 2. & 3. de cuya doctrina podria machinar la parte cōtraria, que la redencion referida, que hizo Iuan de la Fuente, no se deve considerar mejora en los bienes, especialmente hypotecados al censo; sino libertad de su persona en la obligacion personal que hizo a la paga del dicho censo.

A lo qual respondo con Avendaño de censibus, cap. 23. à num. 10. que en la creacion del censo consignativo, sobre ciertas hypotecas se constituye vna servidumbre real en los bienes, mucho mas fuerte que las hypotecas regulares, y comunes que consiste, y se explica en vn derecho real, vendido al censualista de per servir los reditos del censo de la cosa especialmente hypotecada al modo de vna servidumbre real, inseparable de los tales bienes, que passan con esta carga a qualquiera posseedor, de donde la obligacion personal a la paga del censo, no es la principal, antes en ella sola no puede consistir, ni subsistir el censo, como doctissimamente prueba el dicho Avendaño, c. 58. adonde num. 30. responde à Covarrubias (que juzgò por el texto in l. fundus quem, ff. de annuis legatis, que la obligacion personal, era la principal, y la hypotecaria accessoria) que antes en este mesmo texto se deduce lo contrario, y que quiquid fit de alijs pypotecis regularibus, ast tamen, en la servidumbre referida de los censos en los bienes, especialmente hypotecados, milita diferente razon. Y assi dize, cap. 59. a num. 7. que antes en estos censos, aunque hayga obligacion personal, no tiene su efecto en ella, sino solamente en la obligacion real, y servidumbre de la hypoteca especial, inseparable de los tales bienes. A que añado el poder, y cession en causa propia, que se dà en la imposicion del censo para cobrar sus reditos de la especial hypoteca; de donde queda satisfecho a la ojecbcion de

de que no ay duda fue mejora hecha en los bienes, especialmente hypotecados, la redencion de los dichos quatro mil ducados de plata, y abstrayendo de la sutileza de este discurso: todos los Autores vàn corrientemente, en que la redencion del censo, es mejora en los bienes hypotecados: alias inutil fuera la question en el posseedor del mayorazgo, que redime el censo del mesmo mayorazgo en que se pregunta, si acrescit melioratio maioratui, vel ipsi possessori, & eius hæredibus: de quo inter alios doctissime. Salgado in Laberinth. 2. p. cap. 7. de quo post. dicemus.

§. III.

La donacion de los bienes al mayorazgo, fue con la carga del censo, y sin obligacion de redimirlo.

EVidente cosa es, que si por la clausula: *de non alienando*, en la imposicion deste censo, no podiá sus imponedores enagenar las dichas tres fincas, con la donacion de ellas al mayorazgo, sin que passasse al posseedor dèl la carga del censo: sicut tenent communiter Autores Feliciano de censib. lib. 3. c. 4. n. 6. cũ alijs. Siguese, que con esta carga hizieron la donacion de estas tres fincas al mayorazgo, con que solamente estará la question en si huvo obligacion en la fundacion del mayorazgo de redimir este censo.

Confirmase, porque el que dona la cosa que no es pleno iure suya, se entiende donarla solamente en aquello en que puede tener derecho en ella, y no en el derecho ageno, l. si domus, §. final, ff. de legat. 1. l. quod in rerum, §. servi electione, ff. de legat. 1. cap. quod autem de iure patronat. cap. pastoralis de donat. Y el que dona la cosa viciada, ò gravada ad nihil tenetur, Roland. à Valle. consil. 37. num. 16. Thuscus, tom. 1. pract. conclus. 725. num. 2. verbo. *donatio.*

Con que siendo certissimo, que la donacion de las dichas tres fincas del censo al mayorazgo, fue hecha con la carga del dicho censo, y dandole al mayorazgo esso menos de renta, quanto importavan los reditos del dicho censo: solo resta ver si huvo pacto especial en la dicha fundacion de redimir este censo, para darle este augmento mas despues al mayorazgo con la dicha redencion Y para excluir este pacto basta leer el tenor de la fundaciõ: maximè en la clausula num. 11. del memorial, adonde se dize, *que no aviendo especial declaracion de ambos fundadores de corregir, enmendar, ò aumentar el dicho mayorazgo, siempre se ha de entender, que quieren passar por aquella fundacion sin alterar cosa alguna della*, de donde infiero, que para darle de augmento al mayorazgo estos ocho mil ducados, o los quatro dellos, con la redencion, era menester que huviessen concurrido ambos fundadores

dores juntos a declarar, querian darle este augmento al mayorazgo, redimiendo el dicho tributo, ò parte dèl, con que se convence, que ni se pactò el augmento con la redencion, ni esta fue hecha para dar este augmento al mayorazgo, pues la hizo por si solo Iuan de la Fuente, y en estimacion de bienes libres.

Et in super, no induce pacto de redimir el dicho tributo, la clausula, num. 12. del memorial, adonde està la clausula de constituto, y tradicion de los bienes por ella, con entrega de la escritura para mayor firmeza de la donacion, porque antes esta tradicion de bienes en la donacion, sin aver precedido promessa, excluye qualquier obligacion de saneamiento. Guzman de evictio, capit. 25. num. 25.

Et in super: las palabras generales *de aver por firme la escritura con las reservas en ella contenidas*, no pueden deducir pacto de redimir el censo: l. quidquid adstrigendæ, ff. de verb. obligat. aliàs, tambien podria escusarse el mayorazgo de pagar la otra mitad de este tributo, que està oy pagando a vnas Monjas de Santa Maria de la Paz, intentando accion contra los bienes libres, quodquid absurdius?

Con que no es del caso la questio: *an in donatione debeatur evictio?* de qua Guzman de evict. dicto, cap. 25. porque suponiendo, que no huvo pacto de redimir el censo; y que la donacion al mayorazgo se deve entender hecha con la carga del censo; no estamos en caso de evicion, pues al mayorazgo no se le quita lo que se le diò en su fundacion, sino se le pide lo que no se le diò, y llevò de mejora indevida con dinero ageno.

Ni es del caso el legado hecho al consanguineo de la cosa agena, §. non solum autem institut. de legatis, porque no estamos en terminos de legado, sino de donacion, en que ay la diferencia que pone Guzman, dicto cap. 25. num. 60. Ni en legado, ni en donacion de cosa agena totalmente; porque las dichas tres fincas, aunque hypotecadas al tributo, eran bienes de los fundadores de el dicho mayorazgo.

Y aquella presuncion de voluntad, que suele aver en el legado hecho al consanguineo de cosa agena, quando se ignorò era agena, no es aplicable al caso, aunque estuvieramos en terminos de legado, y no de donacion, por la particular circunstancia de nuestro caso, en que consideramos el gravamen de la hija vnica en la vinculacion de sus legitimas, y que quanto menos vincularò los PP. tanto menos gravaron sus legitimas; y assi en materia odiosa, mas hemos de restringir el gravamen de la vinculacion, con la carga del censo, que quitarle essa carga, y darle este augmento de los demas bienes libres de los padres, legitimas de la hija vnica.

Et in super, aunque estuvieramos en terminos de eviccion, no la ay en la donacion titulo gratuito, como fue la fundacion de este mayorazgo, Guzman citado num. 30.

Sin que obsten las capitulaciones matrimoniales del casamiento de la hija vnica que se hizieron despues de la fundacion del mayorazgo, en que se pactò llevasse de dote al matrimonio el dicho mayorazgo ya fundado, en que no huvo novacion alguna, num. 33. del memorial: *que la dicha Doña Maria Feliciana ha de llevar al dicho matrimonio por su dote el mayorazgo que sus padres avian fundado en su cabeça, y de sus hijos, y que lo ha de llevar con las mismas condiciones, y gravamenes, y reservas que en el se contienen, sin que por esta constitucion de dote se entienda que ayan de quedar mudadas, ni alteradas todas, ni alguna dellas en manera alguna.*

Y aunque la fundacion del mayorazgo se huviesse hecho por constitucion de dote, entrava otra question, si disuelto el matrimonio sin hijos, ni descendientes al tiempo de la eviccion, cessava esta; quia cesante causa cessat eff. ctus, en que no me detengo, por no ser necessario.

Y finalmente, si el mayorazgo se extinguiò con la muerte de la hija sin hijos, ni descendientes, como juzgaron algunos de los señores, en la discordia: *non entis non sunt qualitates*, todos seràn bienes libres, y yo tengo para mi (salva la executoria) que las dos clausulas del memorial, num. 7. num. 11. (en que consistiò la dificultad del pleyto del mayorazgo) confirman el que se extinguiò el mayorazgo, porque la clausula posterior confirma la anterior, diziendo se guarde lo contenido en la fundacion, que fue poder sostituir obras pias Iuan de la Fuente, como lo hizo en su testamento, ò res mirabilis!

§. IV.

La accion de la demanda.

ASsentado que la redencion de los dichos quatro mil ducados de plata de tributo, fue mejora hecha en los bienes, especialmente hypotecados, y donados al vinculo con esta carga del tributo, y que Iuan de la Fuente no posseia estos bienes como posseedor de mayorazgo, sino con titulo, y buena fè, de que eran bienes libres propios suyos quando hizo la tal redencion: siguese manifiestamente, que no es del caso deste pleyto la question que con muchos trata Salgado in Laberinth. 2. par. cap. 7. en el posseedor de mayorazgo, que redime el censo del mismo mayorazgo.

Es, pues, el caso de nuestro pleyto el de la ley si in area, ff. de condict. indebiti, quando vno posseyendo vna cosa como suya propia, y libre, siendo sujeta a restitucion, haze mejora en ella, y en este caso (que es el de nuestro pleyto) tenemos dos acciones, o remedios en el derecho.

El vno para retener la cosa mejorada, hasta que se paguen las mejoras en ella hecha, aunque sea condenado el posseedor por sentencia a la restitucion, oprime Garcia de expensis, cap 6. num. 15. Y assi hallandose la casa de la Misericordia en la possession de estos bienes, quando se mandaron restituir al mayorazgo, devia antes de entregarlos aver deducido esta accion de la retencion de los bienes, ex dicta l. si in area: descuydo muy culpable, y perjudicial al alma heredera en las obras pias: y mayor culpa la de la casa en averse desistido de la administracion ya acetada, dexando perder estos bienes, y en manos del reo, y de los albaceas sus parientes. Pero yo, señor, en nombre de las obras pias, y alma heredera de Iuan de la Fuente (sicut vnus de populo) y como acreedor, *cui interst hæredem dari*, pido la restitucion a las obras pias en el perjuizio que le pudo causar su administrador en no aver deducido esta accion antes de la entrega de los bienes al mayorazgo.

Pero dado caso que esta accion de la retencion ya no se pudiesse intentar, tenemos el segundo remedio en el derecho, que nos dà la ley, si & me & tytium, ff. si certũ petatur, sicut tradit Castrensis in dicta, l. si in area, recebido de todos por la equidad natural, quod nemo cum alterius iactura locupletari debet, ò por la accion incerti condictione, quasi plus solutum quam debitum, ex l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de condict. indebiti, & l. quod si nulla, ff. de legat. 1. & ita in terminis Marescoto variar. lib. 2. cap. 113. Garcia de expensis, cap. 7. a n. 5.

Porque en el caso de nuestro pleyto en que Iuan de la Fuente: sibi prosp ciebat, como en cosa suya con la dicha redencion, no fundamos accion: *negotiorum gestorum* (en que yo confiesso padeci engaño) sicut optime notat Garcia de expensis, cap. 7. numer. 25. in l. at si quis, ff. de Religiosis, & sump. funerum. Ni es del caso la subintracion en el derecho del acreedor dimisso, por la cecion de acciones contra el mayorazgo, quando redime el censo el posseedor de mayorazgo, porque Iuan de la Fuente no redimiò el censo como posseedor de mayorazgo, y assi no pudo pedir cecion de acciones, con que no es la question de nuestro pleyto, la que trata Salgado in Laberinth. 2. part. cap. 7. Si bien es buena la doctrina de este capitulo, para la consideracion de las dos personalidades que concurrian en Iuan de la Fuente, como posseedor de bienes libres vna, y como posseedor de mayorazgo ignorado otra: y assi solamente nos valemos de los dos remedios del derecho referidos, que son los del caso, que nos bastan para vencer, aviendo trabajado mas en excluir questiones intrusas, que en fundar las propias del pleyto. Salvo, &c.

Lic. Don Diego Pinto de Leon.

28
3.5
3

70
20
140

71
2
2

17
17
34